



Undervisningsnote om udbud

Til brug for have- og parkingeniører & skov- og landskabsingeniører

Baaner, Lasse

Publication date:
2015

Document version
Også kaldet Forlagets PDF

Citation for published version (APA):
Baaner, L. (2015). *Undervisningsnote om udbud: Til brug for have- og parkingeniører & skov- og landskabsingeniører.*



Undervisningsnote om udbud

Til brug for have- og parkingeniører & skov- og landskabsingeniører



Lasse Baaner lb@ifro.ku.dk.

Institut for Fødevare- og ressourceøkonomi

Indhold

Indledning	3
De vigtigste principper bag udbudsreglerne	3
Konkurrence og økonomisk ansvarlighed	3
Ligebehandlingsprincippet	3
Gennemsigtighed	4
Nogle grundbegreber	4
Udbudsformer	4
Offentligt udbud	4
Begrænset udbud	5
Prækvalifikation	5
Underhåndsbud	5
Udbudsmaterialet	6
Kravspecifikationen	6
Udvælgelseskriterier / mindstekrav	7
Tildelingskriterier	7
Kontraktvilkår	8
EU's udbudsdirektiver	9
Tilbudsloven	11
Bygge og anlægskontrakter – Tilbudslovens Afsnit I	11
Hvem gælder reglerne for?	11
Offentligretlige organer	11
Private udbydere, der får støtte til deres byggeri	11
Private entreprenører og bygherrer i øvrigt	12
Hvilke kontrakter er omfattet af reglerne?	12
Krav til de forskellige udbudsformer	12
Offentlig licitation	12
Begrænset licitation med prækvalifikation	13
Begrænset licitation uden prækvalifikation	13
Underhåndsbud	13
Særligt om rammeaftaler	14
Valg af udbudsform	14
Vare- og tjenesteydelseskontrakter – Tilbudslovens afsnit II	15
Hvem er omfattet af reglerne?	15
Hvilke kontrakter er omfattet af reglerne?	15
Annonceringspligten	16
Tildelingen af kontrakter	16
Underretning om kontraktindgåelse	17
Klage	17
Klageadgang	17
Klageberettigelse	17
Klagefrister	17

Indledning

Denne undervisningsnote om udbud er udarbejdet til brug på Skovskolens professionsbacheloruddannelser til have- og parkingeniør og skov- og landskabsingeniør. Den opdateres med jævne mellemrum, og sidder du med et ældre eksemplar, så kontakt forfatteren for at høre om der skulle være en nyere version tilgængelig.

De vigtigste principper bag udbudsreglerne

Teksten dette afsnit består delvist af omskrevne uddrag fra Konkurrencestyrelsens Vejledning til tilbudsloven fra 2005.

Konkurrence og økonomisk ansvarlighed

Den grundlæggende tanke bag udbudsreglerne er at styrke konkurrencen og dermed også at øge effektiviteten og bidrage til en forbedret kvalitet i byggeriet samt at sikre virksomhederne fair og lige muligheder for at deltage i offentlige og offentligt støttede bygge- og anlægsopgaver. Konkurrencekravet er i overensstemmelse med det overordnede forvaltningsretlige princip om, at en offentlig myndighed skal tildele eksterne kontrakter på et økonomisk forsvarligt grundlag.

Konkurrencehensynet kommer bl.a. til udtryk i tilbudslovens § 2, stk. 2, hvor det er angivet, at udbydere omfattet af loven skal udnytte alle muligheder for at skabe tilstrækkelig konkurrence. Som denne bestemmelse er formuleret, er det dog ikke et absolut krav, at der konkret har været effektiv konkurrence om den pågældende opgave. Udbyderen skal fx ikke lade udbuddet gå om, fordi der kun er indkommet et enkelt bud. Det er imidlertid et krav, at selve tilbudsindhentningen skal være tilrettelagt på en måde, så der i normale situationer vil komme effektiv konkurrence om opgaven.

Ved mindre kontrakter kan det endvidere være tilstrækkeligt, at udbyderen handler ud fra en generel bedømmelse af, hvad markedet kan tilbyde. Derfor er der f.eks. i til-

budslovens § 12, stk. 4 en tærskle på 300.000 kr. for, hvornår noget skal sendes i udbud.

Konkurrencekravet gælder – ligesom de øvrige udbudsregler – kun i forhold til eksterne kontrakter. Tilbudsloven eller EU's udbudsdirektiver sætter således ikke regler for, om en offentlig myndighed kan udføre et arbejde i eget regi uden at konkurrenceudsætte det.

Det er i øvrigt også i strid med konkurrenceretlige principper, hvis to virksomheder indbyrdes gennemfører eller søger at gennemføre forudgående regulering af tilbud, jf. konkurrencelovens § 7.

Ligebehandlingsprincippet

Det påhviler offentlige udbydere ved tilrettelæggelsen og gennemførelsen af udbud og indhentningen af tilbud at sørge for, at der ikke finder forskelsbehandling sted mellem forskellige tilbudsgivere, og at udvælgelsen af tilbudsgivere sker på grundlag af objektive, saglige og ikke-diskriminerende kriterier. Dette er et centralt udbudsretligt princip, men også et almindeligt forvaltningsretligt princip. Da udbudsreglerne har et EU-retligt ophæng, må ligebehandlingsprincippet fortolkes i overensstemmelse med EU-reglerne og EU-domstolens praksis.

Ligebehandlingsprincippet kommer bl.a. til udtryk i tilbudslovens § 2, stk. 3, hvor det gælder uanset hvilken udbudsform, der vælges. Ligebehandlingsprincippet dækker tilsammen alle faser i en udbudsproces. Der må hverken ske en forvridding af konkurrencen mellem de aktuelle eller potentielle tilbudsgivere i planlægningsfasen og ved udarbejdelsen af udbudsmaterialet, senere ved udvælgelsen af tilbudsgivere, eller til sidst efter en kontrakt er indgået.

Ved planlægning og tilrettelæggelsen af et udbud må udbyder være opmærksom på, om han i sit valg af rådgivere afskærer sig fra at få tilbud fra rådgivernes eget firma eller andre tilbudsgivere, som rådgiverne efterfølgende assisterer. Ligebehandlingsprincippet indebærer nemlig, at udbyder har pligt til at se bort fra tilbudsgivere, der har opnået en konkurrenceforvridende fordel ved at have assisteret bygherren i planlægnings- og projekteringsfasen eller ved (under udarbejdelsen af tilbuddet) at have inddraget rådgivere, der har ydet en sådan assistance.

Der kan fx være tale om, at en tilbudsgiver eller dennes underentreprenør ved indledende opgaver for bygherren har fået oplysninger om materiale eller vurderingskriterier, som ikke er tilgået de andre tilbudsgivere.

En eventuel inhabilitet vil ramme virksomheden i det hele, selv om man meget muligt kan dokumentere, at alene én af klagerens medarbejdere er inhabil. En tilbudsgiver kan altså ikke foregribe en udelukkelse ved at påstå, at der inden for samme juridiske person er vandtætte skotter mellem den enhed, der rådgav bygherren, og den eller de enheder der udarbejdede tilbuddet.

Opgaven, herunder de materialer der skal anvendes til bygge- og anlægsarbejdet, må heller ikke beskrives på en måde, som uden saglig grund giver bestemte virksomheder en fordel frem for andre virksomheder. Det følger på den måde af tilbudslovens § 2, stk. 3, at når udbyderen ved en offentlig licitation eller en begrænset licitation med prækvalifikation opstiller mindstekrav vedrørende de tekniske og økonomiske egenskaber mv., som en tilbudsgiver eller ansøger skal kunne dokumentere, skal disse mindstekrav være udformet i overensstemmelse med ligebehandlingsprincippet.

Ligebehandlingsprincippet betyder også, at udbydere ikke efter tilbudsfristens udløb kan foretage væsentlige ændringer i forhold til udbudsgrundlaget, fx ved at de accepterer et afvigende tilbud, eller via forhandlinger får ændret den udbudte ydelse.

Et særligt problem opstår, når tilbudsgiveren har overtrådt formelle regler i forbindelse med afgivelsen af tilbuddet, fx vedrørende tidsfrister, adressen for tilbuddets modtagelse eller vedrørende tilbuddets fysiske udformning. Det er her spørgsmålet, om udbyderen som følge af ligebehandlingsprincippet må prioritere hensynet til de øvrige tilbudsgivere højest og afvise tilbuddet. At frister skal overholdes, indebærer, at dokumentation, som udbyderen i udbudsbetingelserne har krævet vedlagt tilbuddet, ligeledes skal være rettidigt fremme. Dette gælder ikke kun dokumenter, som tildelingskriterierne skal anvendes på, men også dokumentation for tilbudsgiverens finansielle, økonomiske og tekniske formåen. Forsinkelse med sådanne oplysninger berettiger ordregiveren til at afvise budet, og

kan også af hensynet til andre tilbudsgivere forpligtet ordregiveren til at afvise tilbuddet.

I tilbudslovens § 11, stk. 3, er det præciseret, at ligebehandlingsprincippet også gælder, når der forhandles med flere tilbudsgivere i forbindelse med kvalitetskonkurrencer. Bestemmelsen retter sig især til, hvorledes udbyderen behandler de tilbudsgivere, der er udvalgt til forhandlinger.

Gennemsigtighed

Princippet om gennemsigtighed er også bærende for udbudsreglerne og tilbudsloven. Gennemsigtighedsprincippet udspringer af EF-Traktaten. Princippet indebærer, at alle nødvendige oplysninger i forbindelse med indgåelse af en offentlig kontrakt skal gøres tilgængelige på en gennemsigtig måde for de potentielle tilbudsgivere.

Princippet kommer f.eks. til udtryk ved reglerne om, at tilbud ved licitation skal åbnes på et forud fastsat tidspunkt, og tilbudsgiverne har ret til at være til stede ved åbningen og til at få oplyst budsummer og eventuelle forbehold, jf. tilbudslovens § 7.

Nogle grundbegreber

Udbudsformer

Der findes flere forskellige processer for kontraktindgåelse på baggrund af et udbud. Offentligt og begrænset udbud, samt underhåndsbud er de mest grundlæggende, og dem der fokuseres på i det følgende.

Andre former kan nævnes:

- Projektkonkurrencer, fx arkitektkonkurrence.
- Konkurrencepræget dialog der kan bruges ved særligt komplekse kontrakter.
- Dynamiske indkøbssystemer, der er en fuldt elektronisk proces for indkøb af standardvarer.
- Udbud med forhandling.

Offentligt udbud

Med offentligt udbud menes et udbud, der henvender sig til en ubestemt kreds af virksomheder, og offentligt udbud er karakteriseret ved, at alle interesserede virksomheder kan give tilbud på ordren eller det udbudte.

Hvis beskrivelsen af opgaven ikke kan indeholdes i en annonce, så angiver annoncen, hvor man kan få det supplerende materiale. Fx om der skal rekvireres en papirversion, eller om materialet er gjort tilgængeligt på online.

Offentligt udbud er velegnet, når ordregiver kan behandle et meget stort antal tilbud. Der kan fx være tale om udbud af en ukompliceret anskaffelse af standardvarer, hvor der alene konkurreres på prisen. Her er det ikke vanskeligt at sammenligne tilbuddene. Udbudsformen kan omvendt også bruges, hvor der er meget få tilbudsgivere i markedet. Her er der ikke brug for at fravælge egnede tilbudsgivere.

Det er muligt at nedbringe antallet af tilbud, der skal sammenlignes. Ordregiveren kan nemlig opstille ufravigelige krav – også kaldet mindstekrav - til tilbudsgivernes faglige og finansielle evner. Så vurderer ordregiveren først, om kravene er opfyldt. Hvis kravene ikke opfyldes, afvises tilbuddet.

Begrænset udbud

Ved et begrænset udbud opfordrer udbyder et udvalgt antal leverandører eller entreprenører til at byde på opgaven.

Et begrænset udbud gennemføres dog normalt i to trin – først med en prækvalifikation og så det egentlige udbud. På grund af de to faser tager udbudsforretningen normalt længere tid end ved et offentligt udbud. Denne udbudsform er velegnet, når ordregiveren ønsker at begrænse antallet af tilbud, fx fordi der er tale om en kompliceret opgave, eller fordi der konkurreres på andet end bare prisen, og det derfor er en større opgave at sammenligne tilbuddene.

Prækvalifikation

En prækvalifikation indledes med at udbyderen i en annonce anmoder potentielle tilbudsgivere om at tilkendegive deres interesse. Når udbyder afholder en prækvalifikationsrunde, kan de virksomheder, som udbyder senere inviterer til at deltage i et udbud, alene udvælges blandt de virksomheder, som har meldt sig som interesserede.

Prækvalifikationen består herefter i, at udbyderen på baggrund af nogle nærmere angivne udvælgelseskriterier,

prækvalificerer tilbudsgiverne til at deltage i det efterfølgende udbud.

I praksis vil der hyppigt forekomme tilfælde, hvor antallet af kvalificerede ansøgervirksomheder overstiger det antal, som udbyderen har tilkendegivet at ville prækvalificere. I disse tilfælde må udbyder, på baggrund af indsendt dokumentation, på objektiv og ikke-diskriminerende vis udvælge det forudsatte antal blandt de kvalificerede ansøgere.

Prækvalifikationen behøver ikke altid at ske ud fra en vurdering af, hvem der "bedst" matcher udvælgelseskriterierne. Det kan fx være vanskeligt for små og mellemstore virksomheder at konkurrere på økonomisk kapacitet. Det vil derfor virke imod lovens formål om at skabe mest mulig konkurrence, hvis fx omsætningstal blev gjort afgørende også ved udbud, hvor den udbudte opgaves værdi ikke sagligt kan begrunde dette.

Det vil være en saglig og objektiv prækvalifikation at tage hensyn til, hvilken gruppe af tilbudsgivere, som samlet skaber den bedste konkurrence, fx fordi de har kvalifikationer på forskellige områder.

En prækvalifikationsfase er egnet til at sikre, at de virksomheder, der indbydes, tager forpligtelser med hensyn til sikkerhed, sundhed og ansættelsesvilkår seriøst. Således kan arbejdsmiljøforhold gøres til en form for konkurrenceparameter i udvælgelsesfasen, såfremt udbyder eksempelvis lægger vagt på, at de potentielle tilbudsgivere har en god statistik på overholdelse af arbejdsmiljøreglerne og lav frekvens af arbejdsulykker i deres hidtidige byggerier.

Tilsvarende kan en prækvalifikationsfase være det rigtige tidspunkt for at efterspørge særlige kvalifikationer på miljøområdet, som måtte være relevante for opgaven. Der kan f.eks. tages hensyn til, om virksomhederne har særlige erfaringer i håndtering af miljøforhold, eksempelvis gennem miljøledelsessystemer.

Underhåndsbud

Ved underhåndsbud forstås tilbud, der indhentes fra leverandører eller entreprenører, uden at der gennemføres et egentligt udbud. Underhåndsbud er det, de fleste af os

kender, når vi som private indhenter tilbud på opgaver eller afsøger markedet med henblik på at købe varer eller ydelser.

Udbudsmaterialet

Alt efter udbudsformen indeholder et udbudsmateriale normalt følgende grundelementer:

- En kravspecifikation, dvs. en beskrivelse af den ønskede ydelse eller anskaffelse.
- Udvælgelseskriterier, dvs. mindstekrav til tilbudsgiverne, hvis udbyderen opstiller sådanne.
- Tildelingskriterierne.
- Kontraktvilkårene.
- Regler vedrørende afgivelse af tilbud, fx formkrav, tid og sted for tilbuddets indlevering, adgangen til alternative bud, adgangen til at tage forbehold m.v.

Ved licitationer skal der altid foreligge et skriftligt grundlag for konkurrencen. Udbyderen skal i licitationsmaterialet nærmere beskrive opgaven.

Ved en offentlig licitation eller en prækvalifikation skal udbyderen i annoncen oplyse om eventuelle udvælgelseskriterier/mindstekrav, og om der er tale om en priskonkurrence eller en kvalitetskonkurrence. Oplysninger i annoncen må ikke ændres i udbudsmaterialet.

Kravspecifikationen

Når en opgave skal udbydes, skal udbyder beskrive de centrale krav til den fremtidige opgaveløsning. Selve beskrivelsen af den ønskede ydelse sker formelt set i den del af udbudsmaterialet, der kaldes kravspecifikationen. Formålet med at beskrive kravene er, at give tilbudsgiverne et klart billede af, hvilken opgave udbyder ønsker løst og på hvilket serviceniveau.

Som nævnt skal ordregiveren ved udformningen af udbudsmaterialet generelt respektere ligebehandlingsprincippet. Ordregiver skal således sikre, at alle tilbudsgivere så vidt muligt har de samme oplysninger, og må ikke antage tilbud fra en tilbudsgiver, der har fået fordele ved at deltage i udformningen af udbudsgrundlaget.

EF-traktaten forbyder offentlige myndigheder at opstille usaglige tekniske handelshindringer. Forbuddet retter sig ikke kun mod handelshindringer, der er resultat af en

generel regulering. Det er også forbudt at offentlige og offentligt kontrollerede organer udarbejder udbudsmateriale, som diskriminerer udenlandske varer og tjenester.

Når opgaven beskrives gennem tekniske specifikationer, må udbyderen derfor undgå at opstille krav, der virker som tekniske handelshindringer i forhold til udenlandske leverandører. Reglerne om tekniske handelshindringer gælder også for kontrakter omfattet af tilbudsloven.

De tekniske specifikationer skal fastlægge de krævede egenskaber ved bygge- og anlægsarbejdet, produktet eller tjenesteydelsen ved hjælp af en objektiv beskrivelse.

Disse egenskaber kan bl.a. omfatte:

- Kvalitetsniveau
- Miljøpræstation
- Overensstemmelsesvurdering
- Funktionsdygtighed
- Brugeregenskaber
- Sikkerhed
- Kvalitetssikring
- Produktionsprocesser og -metoder
- Konstruktionsteknik og konstruktionsmetode

Angivelserne omkring funktionsdygtighed og funktionelle krav kan omfatte miljøegenskaber. Ordregiver kan anvende de detaljerede specifikationer, som kræves for at opnå et miljømærke, når denne skal fastsætte sine krav til funktionsdygtighed og funktionalitet. Det kræves dog, at disse specifikationer/krav er:

- Egnede til at definere egenskaberne ved de varer eller ydelser, kontrakten vedrører
- Udviklet på grundlag af videnskabelig information
- Vedtaget igennem en proces, som alle interessenter har haft mulighed for at deltage i
- Tilgængelige for alle interesserede parter

Ordregiver må ikke stille det som en betingelse, at en leverance er mærket med et bestemt miljømærke, fx "Blomsten". Men ordregiver kan angive, at leverancer, der er forsynet med et miljømærke, anses for at opfylde de tekniske specifikationer. Det er altså heller ikke tilladt at favorisere et bestemt miljømærke frem for et andet.

Et alternativt tilbud er et tilbud, hvor tilbudsgiveren foreslår en anden opgaveløsning end den, der er beskrevet i udbudsmaterialet. Udbyder kan åbne op for alternative tilbud, hvis den ønsker at give tilbudsgiverne frihed til at komme med andre løsninger end den, udbyder selv har forestillet sig. Den ordregivende myndighed må allerede ved udarbejdelse af udbudsmaterialet forholde sig til, om man vil give tilbudsgiverne mulighed for at give alternative tilbud eller tage forbehold over for visse dele af udbudsbetingelserne.

Forbehold i de modtagne bud er ikke særskilt reguleret i udbudsdirektiverne eller i tilbudsloven. Forbehold styres derfor af reglerne i § 9 om alternative bud sammenholdt med reglerne for ligebehandling af tilbudsgiverne. Et grundlæggende forbehold er en uoverensstemmelse mellem et tilbud og de krav, der stilles i udbudsmaterialet, som har en sådan karakter, at det indebærer en væsentlig forurening af konkurrencen mellem tilbudsgiverne, og udbuddet derved ikke opfylder ligebehandlingsprincippet. Ikke-grundlæggende forbehold er derimod lovlige, og i praksis er det ikke altid nemt at trække grænsen mellem forbehold, der er grundlæggende, og forbehold, der ikke er grundlæggende.

Udvælgelseskriterier / mindstekrav

Udvælgelseskriterier, der også kan kaldes mindstekrav, er objektive krav, der beskriver tilbudsgivernes nødvendige kvalifikation eller præstationsevne. De angår altså virksomhederne, som byder på opgaven.

Udvælgelseskriterierne eller mindstekravene bruges forskelligt afhængig af, om der er tale om et offentligt eller et begrænset udbud. Ved et begrænset udbud bruger man udvælgelseskriterierne til at udvælge, hvilke leverandører der skal have mulighed for at afgive tilbud på opgaven – den såkaldte prækvalifikation.

Ved et offentligt udbud gennemgår udbyder alle de indkomne tilbud i forhold til udvælgelseskriterierne. Det er for at vurdere, om nogle af tilbudsgiverne på forhånd skal udelukkes fra konkurrencen. Alle tilbud, der opfylder udvælgelseskriterierne, skal herefter vurderes. Ved et offentligt udbud gælder altså, at såfremt tilbuddet indeholder dokumentation for de objektive beskrevne mindstekrav, kan udbyderen ikke fravælge tilbudsgivere blot fordi andre

tilbudsgivere kan fremlægge dokumentation for en "bedre" virksomhedsprofil.

Der kan kræves dokumentation for at minimumskravene opfyldes. Dokumentationen skal have en form, så udbyderen umiddelbart kan konstatere, om dokumentationskravet er opfyldt.

Teknisk formåen kan f.eks. dokumenteres på følgende måder:

- Ved fremlæggelse af en liste over de betydeligste arbejder, virksomheden har udført de seneste 5 år.
- Ved at give en redegørelse for virksomhedens erfaringer med lignende opgaver, som den, der udbydes.
- Ved fremsendelse af oplysning om, hvordan virksomheden normalt sikrer, at der sker kvalitetssikring af de arbejder, virksomheden udfører, herunder om virksomheden er certificeret.
- Ved at fremlægge oplysninger om, hvordan virksomheden i forbindelse med de senest udførte arbejder har sikret, at arbejdet kunne udfores sikkerheds- og sundhedsmæssigt forsvarligt,
- Ved at fremlægge oplysning om virksomhedens håndtering af miljøforhold,
- Ved at fremlægge en redegørelse for virksomhedens antal beskæftigede samt oplysning om uddannelses- og ansættelsesforhold.

Tildelingskriterier

Tildelingskriterierne bruges til at vælge det bedste tilbud. De angår altså ydelsen, som der gives tilbud på.

Der skelnes mellem to overordnede tildelingskriterier.

- Den laveste pris (priskonkurrence)
- Det økonomisk mest fordelagtige bud (kvalitetskonkurrence).

Ved en kvalitetskonkurrence skal hovedkriteriet være fulgt af en række underkriterier. Hvis der ikke er angivet sådanne underkriterier, vil udbuddet blive behandlet som en priskonkurrence.

Ved valget mellem de to tildelingskriterier må udbyderen gøre sig overvejelser blandt andet om følgende forhold:

- Om den konkrete opgave kan defineres og beskrives detaljeret eller ved den ønskede funktion?
- Om den konkrete opgave angår byggetekniske standardløsninger eller kræver individuelle løsninger?
- Om udbyderen ønsker, at der konkurreres på andre forhold end pris?

Når udbyderen har valgt at anvende tildelingskriteriet laveste bud, er han forpligtet til at tildele ordren til den tilbudsgiver, hvis tilbud er konditionsmæssigt og lavest, jf. dog reglerne om alternative bud, medmindre udbuddet annulleres. I denne situation kan der kun forhandles med lavestbydende.

Når udbyderen har valgt at anvende tildelingskriteriet det økonomisk mest fordelagtige bud, er han forpligtet til at tildele ordren til den tilbudsgiver, hvis tilbud er konditionsmæssigt og samlet set det økonomisk mest fordelagtige for udbyderen.

Underkriterier beskriver de specifikke forhold, som udbyderen vil basere sin vurdering af de indkomne tilbud ud fra, og som vil være afgørende for bedømmelsen af, hvilket tilbud der er "det økonomisk mest fordelagtige bud".

Ikke mindst har udbyderen mulighed for at lade tilbudsgiverne konkurrere på f.eks. kvalitet eller byggetid. Udover pris kan udbyderen vælge at lægge vægt på underkriterier som betryggende kvalitetssikring, miljøhensyn, logistik, arkitektur m.v. Underkriterierne skal være relevante og egnede til at beskrive den udbudte ydelse ligesom de skal være gennemsigtige og ikke-diskriminerende.

Kravet om anvendelse af underkriterier og disses vægtnings/prioritering gælder for licitation efter tilbudslovens § 6, men ikke direkte for indhentning af underhåndsbud, jf. lovens § 12, stk. 5. Ved underhåndsbud har tilbudsgivere, dog ret til en begrundelse, hvoraf det skal fremgå, at udbyderens valg af tilbudsgiver er sket på et fair og objektivt grundlag.

Ved sammenligningen af tilbud må udbyderen ikke tage hensyn til andre kriterier eller ændre vægtningen (eller i

undtagelsestilfældene prioriteringen). Dette gælder også i forhandlingsfasen, hvor der forhandles med flere tilbud.

I tilbudslovens § 8 er miljøhensyn udtrykkeligt medtaget blandt eksemplerne på underkriterier. Underkriterierne skal være forbundet med kontraktens genstand. Det er eksempelvis lovligt at tage hensyn til miljøkriterier, som vedrører forureningsgraden i relation til kontraktgenstanden, fx inden for det geografiske område, kontrakten vedrører.

Ordregiver skal efter tilbudslovens § 8, stk. 2 anføre i udbudsbetingelserne, hvordan de valgte underkriterier relativt vil blive vægtet med henblik på at afgøre, hvilket tilbud der er det økonomisk mest fordelagtige. Formålet er dels at styrke gennemsigtigheden allerede ved udbuddets start, således at tilbudsgivere kan bedømme et udbuds relevans, dels at styrke tilbudsgivernes retssikkerhed og undgå, at en udbyder efter at have modtaget tilbuddene tilrettelægger sammenligningen til fordel for en bestemt tilbudsgiver.

En undtagelse fra pligten til at antage det bedste bud er § 8, stk. 3 i tilbudsloven, der giver adgang til at forkaste et tilbud, når tilbudsgiveren med overvejende sandsynlighed ikke kan forventes at leve op til tilbuddet. Bestemmelsen skal derfor fortolkes indskrænkende.

Kontraktvilkår

Kontraktvilkår er de vilkår, som ordregiveren fastsætter for ordremodtagerens udførelse af den udbudte opgave. Et kontraktvilkårs lovlighed afhænger derfor først og fremmest af, om vilkåret er i overensstemmelse med EF-traktatens principper om ikke-diskrimination, proportionalitet og gennemsigtighed, de almindelige regler om fri bevægelighed af varer, kapital, arbejdskraft, tjenester samt de almindelige danske offentligretlige regler. Tilbudsloven regulerer ikke kontraktvilkår direkte, men ligebehandlingsprincippet har naturligvis også betydning for udfærdigelse af kontraktvilkår.

Statslige og støttede bygherrer skal som alt overvejende hovedregel lægge AB92 eller ABT til grund uden fravigelser, jf. Bygge- og Boligstyrelsens cirkulæreskrivelse af 5. februar 1993.

Kontraktvilkåret skal være proportionalt, dvs. at vilkåret ikke må være mere vidtgående, end formålet tilsiger. Fx må et kontraktvilkår kun angå de personer, der beskæftiger sig med den udbudte opgave. Ordregiver kan altså ikke pålægge tilbudsgiver at indføre et tiltag for ansatte i tilbudsgiverens virksomhed, der ikke er beskæftiget på opgaven.

Ikke alle kontraktvilkår behøver at være ufravigelige. Udbyder kan gøre tilbuddets overensstemmelse med udbudsvilkårene til et konkurrenceparameter, når tildelingskriteriet er det økonomisk mest fordelagtige bud. Det vil dog være i strid med kravet om gennemsigtighed i udbudsproceduren, hvis ordregiver helt uspecificeret gør 'kontraktvilkår' til et tildelingskriterium.

EU's udbudsdirektiver

Teksten i dette afsnit består delvist af uddrag fra Steen Treumers Introduktion til EU-udbudsretten, CBS Law Studies WP 2008-01.

Betegnelsen EU's udbudsdirektiver eller EU's udbudsregler er normalt en henvisning til det materielle regelsæt, der består af udbudsdirektivet og forsyningsvirksomhedsdirektivet. Udbudsdirektivet er den almindelige betegnelse for Direktiv 2004/18 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter, mens forsyningsvirksomhedsdirektivet er en henvisning til Direktiv 2004/17 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport og posttjenester.

Det to direktivers materielle regelsæt suppleres af de såkaldte kontroldirektiver, der er udstedt med henblik på at sikre effektive og hurtige klagemuligheder i tilfælde af overtrædelser af EU's udbudsregler.

Hovedformålet med udbudsdirektiverne er at åbne markedet for offentlige kontrakter i Fællesskabet for effektiv konkurrence gennem et regelsæt, der sikrer ligebehandling af tilbudsgiverne og gennemsigtighed ved tildelingen af offentlige kontrakter.

Udbudsdirektiverne er på den vis baseret på en klassisk økonomisk antagelse om, at effektiv konkurrence vil føre

til den bedste udvikling for Fællesskabet. Den øgede konkurrence antages at føre til besparelser for den offentlige indkøber og at modvirke uhensigtsmæssig og uretmæssig brug af skatteyderes indbetalinger. Tilsvarende antages den effektive og øgede konkurrence at føre til væsentlig økonomisk vækst, da konkurrencen fremmer kravene til virksomhedernes tilpasning og produktudvikling og fører til en styrkelse af de europæiske virksomheders konkurrenceevne.

I december 2011 fremlagde EU-Kommissionen et direktivforslag til ændring af udbudsdirektivet. Hensigten med direktivet var at modernisere reglerne de offentlige midler bliver udnyttet mere effektivt. Der nye udbudsdirektiv blev endeligt vedtaget 11. februar 2014, og skal nu være implementeret i medlemsstaterne senest 2 år efter ikrafttrædelsen.

Med det nye direktiv bliver det nemmere for ordregiver at bruge de fleksible udbudsformer "udbud med forhandling" og "konkurrencepræget dialog". Samtidig bliver der indført en ny udbudsprocedure "innovations-partnerskab", som giver mulighed for at indgå en længerevarende partnerskabskontrakt med henblik på at udvikle et produkt eller en ydelse. Direktivet giver desuden mulighed for at fastsætte tidsfrister, der er betydelig kortere end i det gældende direktiv.

De gamle udbudsdirektiver er gennemført i dansk ret ved en række bekendtgørelser. Den danske lovgiver har afstået fra at omskrive direktiverne, men har i stedet valgt at optage direktiverne som bilag til bekendtgørelserne, der kun indeholder særdeles få indledende bestemmelser, der ikke ændrer direktivernes indhold væsentligt. Ved denne form for gennemførelse af direktiverne sikres det i så høj grad som muligt, at der er overensstemmelse mellem direktiverne i deres oprindelige form og den danske gennemførelseslovgivning. Det nye udbudsdirektiv skal imidlertid implementeres ved en helt ny udbudslov og det lovforberedende arbejde har pågået i 2014 og 2015, hvor der også blev fremsat forslag til en samlet udbudslov. Dette bortfaldt imidlertid som følge af udskrivelsen af valg i juni 2015. Det forventes dog at en ny udbudslov kan vedtages i 2015.

Udbudsdirektiverne regulerer kun indgåelse af forskellige former for kontrakter over en vis værdi, kaldet tærskelværdier. Tærskelværdierne, der justeres med jævne mellemrum, er eksklusive moms.

Tærskelværdier (med visse undtagelser) for udbud/anskaffelser omfattet af direktiverne, er vist i nedenstående tabel.

Tjenesteydelser Direktiv nr. 2004/18/EF	Statslige kontrakter:	Regionale og kommunale kontrakter:
1. Bilag II A tjenesteydelser	931.638 kr.	1.438.448 kr.
2. Bilag II B tjenesteydelser.	1.438.448 kr.	1.438.448 kr.
3. Deltjenesteydelser:	596.248 kr.	596.248 kr.
Vareindkøb Direktiv nr. 2004/18/EF	Statslige kontrakter:	Regionale og kommunale kontrakter:
1. Varekøb:	931.638 kr.	1.438.448 kr.
2. Delydelser, varer	596.248 kr.	596.248 kr.
Bygge- og anlæg Direktiv nr. 2004/18/EF	Statslige kontrakter:	Regionale og kommunale kontrakter:
1. Bygge- og anlægsarbejder:	36.110.270 kr.	36.110.270 kr.
2. Koncessioner, jf. art. 56:	36.110.270 kr.	36.110.270 kr.
3. Delarbejder:	7.453.100 kr.	7.453.100 kr.
Forsyningsvirksomheder Direktiv nr. 2004/17/EF		
1. Varekøb og tjenesteydelser:	2.884.350 kr.	
2. Bygge- og anlægsarbejder:	36.110.270 kr.	
3. Delydelser (tjenesteydelser og varer):	596.248 kr.	
4. Delarbejder (bygge- og anlæg):	7.453.100 kr.	

Tilbudsloven

Teksten i dette afsnit består i det væsentligste af uddrag og sammenskrivninger fra Konkurrencestyrelsens Vejledning til tilbudsloven fra 2000 samt Klagenævnet for Udbuds hjemmeside.

Tilbudsloven fastsætter regler for, hvordan en offentlig udbyder kan indhente tilbud og indgå kontrakter.

Indhentning af overslag er som udgangspunkt heller ikke omfattet af tilbudslovens regler, fordi loven alene gælder for indhentning af tilbud. Overslag med et aftalt maksimum sidestilles dog med tilbud. Hertil kommer, at det ikke er muligt at omgå konkurrencekravet i tilbudsloven ved at have en generel praksis om blot at indhente overslag og herudfra give arbejdet i regningsarbejde.

Tilbudsreglerne regulerer heller ikke regningsarbejde. I forbindelse med statsligt og støttet byggeri, kan regningsarbejde dog kun anvendes, når særlige grunde foreligger, jf. § 2 i cirkulære nr. 174/1991 om pris og tid ved bygge- og anlægsarbejder. Hvis udbydere, der ikke er omfattet af cirkulærets forbud, i betydeligt omfang tildeler opgaver i regning uden et forudgående udbud, kan det dog efter omstændighederne betragtes som en omgåelse af tilbudslovens overordnede krav om at skabe mest mulig konkurrence

Der er ikke efter tilbudsloven nogen forpligtelse til at indhente eksterne tilbud på ydelser, som bygherren lovligt kan udføre i eget regi.

Bygge og anlægskontrakter – Tilbudslovens Afsnit I

Tilbudslovens afsnit I omfatter udbud af og indhentning af tilbud på bygge- og anlægsarbejder.

Hvem gælder reglerne for?

Tilbudslovens regler om bygge- og anlægsarbejder retter ikke kun til offentlige myndigheder i traditionel forstand. Tilbudsloven gælder efter § 1, stk. 2 således for følgende udbydere:

- Staten samt lokale og regionale myndigheder, som f.eks. regioner, kommuner og kirkelige myndigheder.

- Sammenslutninger af lokale og regionale myndigheder, som f.eks. kommunale fællesskaber.
- Offentligretlige organer.
- Private udbydere, der får støtte til deres byggeri.
- Entreprenører, der udbyder visse underentrepriser.

Offentligretlige organer

En udbyder er et offentligretligt organ, når pkt. 1 og 2 i det følgende samt mindst en af de tre betingelser i pkt. 3 er opfyldt:

- Udbyderen har til opgave at imødekomme offentlighedens behov, dog ikke på det det erhvervs- og forretningsmæssige område,
- udbyderen er en juridisk person, og
- udbyderen er under offentlig kontrol på en af følgende måder:
 - udbyderens drift finansieres for mere end halvdelen vedkommende med tilskud fra det offentlige, eller
 - driften er underlagt det offentliges kontrol, eller
 - mere end halvdelen af bestyrelsen eller lignende udpeges af det offentlige.

Som eksempler på offentligretlige organer kan nævnes almene boligorganisationer, DSB, PostDanmark, Ørestadsselskabet, Sund og Bælt Holding A/S, Danmarks Radio, Det landsdækkende TV2, Hovedstadsområdets Sygehusfællesskab, Arbejdsmarkedets Tillægspension, Arbejdsmarkedets Feriefond og Lønmodtagernes Dyrtidsfond. På byfornyelsesområdet er Byfornysesselskabet København på baggrund af sine ejerforhold et offentligretligt organ, mens dette ikke gælder de øvrige byfornysesselskaber.

Private udbydere, der får støtte til deres byggeri

Der er her tale om udbydere, der ikke er ordregivere i udbudsdirektivets forstand, men som modtager offentligt tilskud til den konkrete bygge- og anlægsopgave. Sådanne bygherrer skal følge tilbudsloven i forbindelse med entrepriser om det støttede byggeri, selv om det offentlige tilskud kun dækker en mindre del af bygge- og anlægsomkostningerne eller støtten kun udgør et mindre beløb. Som eksempler herpå kan navnes private andelsboligforeninger og byfornysesselskaber, foreninger, virksomhe-

der og private borgere, der modtager støtte til det konkrete bygge- og anlægsarbejde.

Private entreprenører og bygherrer i øvrigt

Tilbudslovens regler om bygge- og anlægskontrakter skal også følges af private tilbudsgivere, fx hovedentreprenører eller totalentreprenører, når de indhenter tilbud på underentrepriser, for bygherrer omfattet af loven, jf. § 1, stk. 2, nr. 3.

Bortset fra, når der er tale om et støttet byggeri, gælder loven ikke for private bygherrer eller for private entreprenører, der indhenter tilbud hos underentreprenører. Men private udbydere kan i udbudsmaterialet forpligte sig til at følge lovens procedurer helt eller delvist.

Selv om private støtter sig til tilbudslovens regelsæt, Når de indhenter tilbud på bygge- og anlægsgaver, er det dog ikke i sig selv ensbetydende med, at de påtager sig de forpligtelser, som tilbudsloven lægger på bygherrer omfattet af loven. Private bygherrers tilvalg af lovens regelsæt bliver nemlig kun bindende, Når de *klart og utvetydigt* i udbudsbetingelserne tilkendegiver at ville følge tilbudsloven eller nærmere angivne bestemmelser i loven.

Hvilke kontrakter er omfattet af reglerne?

Tilbudslovens afsnit I omfatter som sagt kontrakter om bygge- og anlægsarbejder.

Det følger af tilbudslovens § 1, stk. 5, at bygge- og anlægsarbejder forstås på samme måde som i EU's udbudsdirektiver. Den samlende definition af bygge- og anlægsarbejder er i direktivet "resultatet af en række bygge- og anlægsaktiviteter bestemt til i sig selv at udfylde en økonomisk eller teknisk funktion." Et uddrag af bygge- og anlægsaktiviteter findes endvidere i udbudsdirektivets bilag I.

Bygningsvedligeholdelse, fx maling og tapetsering og arbejde vedrørende tekniske installationer, er også en bygge- og anlægsaktivitet. Rengøring er derimod en tjenesteydelse og rene vareleverancer er heller ikke bygge- og anlægsarbejder.

Der er ikke nogle beløbsgrænser for anvendelsen af reglerne i tilbudslovens afsnit I, ud over at bygge- og anlægsarbejder, hvis værdi overstiger tærskelværdierne for

udbud efter EU's udbudsdirektiver ikke er omfattet af loven, jf. lovens § 1, stk. 3, nr. 1 og 2. Bygge- og anlægsarbejder over tærskelværdierne følger altså direktivernes regler.

Der er dog vigtigt at være opmærksom på, at der gælder nogle beløbsgrænser for anvendelsen af underhåndsbud, jf. lovens § 12.

Krav til de forskellige udbudsformer

Der findes 3 forskellige fremgangsmåder til indgåelse af kontrakter om bygge- og anlægsarbejder efter tilbudslovens regler:

- offentlig licitation
- begrænset licitation
- underhåndsbud

Udbyderen kan altid frit vælge mellem offentlig og begrænset licitation. Valg af underhåndsbud derimod er underlagt visse begrænsninger.

Offentlig licitation

Ved en offentlig licitation åbnes der for alle virksomheder at byde på opgaven. En offentlig licitation indledes derfor med en annonce i et trykt eller elektronisk medie, jf. lovens § 4, stk. 2.

Efter lovens § 6, stk. 1, følger det, at såfremt udbyderen opstiller mindstekrav vedrørende tekniske/faglige egenskaber og økonomiske forhold, som en tilbudsgiver skal råde over for at få sit bud taget i betragtning, så skal disse mindstekrav være angivet i annoncen.

Herudover skal udbudsannoncen ifølge lovens § 8, stk. 2 indeholde oplysninger om hvilket tildelingskriterium, der vil blive anvendt ved tildelingen af kontrakten, det være sig kriteriet det laveste bud eller kriteriet det økonomisk mest fordelagtige bud. Denne forpligtelse har til formål at styrke gennemsigtigheden, idet virksomhederne allerede på dette tidspunkt kan vurdere, hvilken type af konkurrence der bliver tale om, og gøre sig overvejelser over om de ønsker at deltage. En yderligere styrkelse af gennemsigtigheden kan opnås, hvis også underkriterierne til "det økonomisk mest fordelagtige bud" angives.

Begrænset licitation med prækvalifikation

En prækvalifikation indledes med at udbyderen i en annonce anmoder potentielle tilbudsgivere om at tilkendegive deres interesse. Tilbudslovens § 6, stk. 2 stiller krav til hvilke oplysninger der skal gives ved annonceringen af prækvalifikationen. Herunder bl.a. at det skal angives hvilke tildelingskriterier der vil blive anvendt ved tildeling af ordren.

I tilfælde hvor antallet af kvalificerede ansøgere overstiger det antal, som udbyderen har tilkendegivet at ville prækvalificere må udbyderen på baggrund af indsendt dokumentation jf. tilbudslovens § 6, stk. 2, nr. 2 udvælge det forudsatte antal blandt de kvalificerede ansøgere,.

Begrænset licitation uden prækvalifikation

Ved en begrænset licitation henvender udbyderen sig direkte til et antal tilbudsgivere.

En udbyder må da forud have et tilstrækkeligt kendskab til virksomhedens tekniske og faglige kapacitet, således at der typisk ikke efterfølgende bliver et spørgsmål om at frasortere et tilbud ud fra denne type mindstekrav.

Udbyder skal sørge for, at mindst en af de indbudte er fra områder uden for det lokale område, jf. § 6, stk. 3. Dette krav skal værne mod, at lokale virksomheder favoriseres i udbudsprocessen. Det følger også af § 6, stk. 3, at gives oplysning om tildelingskriterier i indbydelsen til at afgive tilbud. Endelig skal udbydere, der har vedvarende bygge- og anlægsaktivitet, sørge for, at der løbende sker en udskiftning i kredsen af de bydende. Også dette krav har til formål at sprede og skærpe konkurrencen mellem virksomhederne, jf. lovens § 6, stk. 3, 3. sætning.

Udbyderen skal ved valg af antal bud i en begrænset licitation afveje hensynet til at skaffe tilstrækkelig konkurrence med hensynet til at begrænse ressourceforbruget til tilbudsgivning. Indhentning af flere tilbud, end opgaven tilsiger, påfører virksomhederne unødige omkostninger.

Underhåndsbud

Underhåndsbud ved bygge og anlægsarbejder adskiller sig fra offentlig og begrænset licitation blandt andet derved,

- at ikke alle udbudsbetingelser, fx tidspunkt for afgivelse af tilbud, behøver at være identisk for alle tilbudsgivere,
- at tilbuddene derfor ikke åbnes på samme tid,
- at kravet om oplæsning af priser og eventuelle forbehold (lovens § 7) ikke gælder for underhåndsbud,
- at forhandlingsretten er fri og ikke afhængig af om det er en pris- eller kvalitetskonkurrence,
- at udbyder, ved brug af kriteriet økonomisk mest fordelagtige bud, ikke er forpligtet til at give oplysning om underkriterier.

Mens det altid står udbyder frit for at vælge offentlig eller begrænset licitation, gælder der efter tilbudsloven nogle begrænsninger i anvendelsen af underhåndsbud. Begrænsningerne skyldes, at proceduren for underhåndsbud er mindre gennemsigtig end licitationsproceduren.

Når den samlede anslåede værdi af opgaven er 3 mio. kr. ekskl. moms og derunder, kan der efter § 12, stk. 2 indhentes underhåndsbud. Den "samlede værdi" udgøres af summen af entrepriser ved byggeriet / anlægget. Når opgavens samlede værdi overstiger 3 mio. kr. ekskl. moms, er det lovens hovedregel, at opgaven skal i licitation, med mindre opgaven falder ind under de særlige situationer i § 12, stk. 3, nr. 1-5.

De udbydere, der ikke er undtaget § 12, stk. 3 kan kun indhente underhåndsbud, hvis opgaven har en anslået værdi ekskl. moms på under 3 mio. kr., eller hvis de er omfattet af en af de situationer, der er nævnt i lovens § 12, stk. 3, nr. 1.

Der gælder efter lovens § 12, stk. 2, et loft for, hvor mange underhåndsbud der kan indhentes. Loftet gælder dog kun for følgende udbydere:

- Staten, regionale, kommunale og kirkelige myndigheder
- Andre bygherrer, når byggeriet får støtte efter lov om almenboliger mv. og lovgivningen om almenboligsektoren
- Andre støttede bygherrer, såfremt den myndighed, der er ansvarlig for støtten, har fastsat, at loftet gælder

- Private entreprenører ved offentligt eller offentligt støttet byggeri

Med tilbudsloven er det nu gjort til udgangspunktet, at der højst indhentes 3 underhåndsbud på en given opgave. Hvis udbyderen vil forbeholde sig retten til at indhente et 4. bud, skal dette oplyses på forhånd. Og hvis udbyderen ønsker at indhente et 4. underhåndsbud, skal dette komme fra en tilbudsgiver, der ikke kommer fra lokalområdet. Dette indebærer dels en mere effektiv konkurrence, dels at det 4. underhåndsbud typisk kun indhentes, hvis udbyder anser det for nødvendigt af hensyn til konkurrencen om den konkrete opgave. Som hovedregel anses lokalområdet for at være den pågældende kommune, hvor arbejdet finder sted.

Hvis udbyderen har udnyttet maksimum uden at få tilfredsstillende bud, må entreprisen sendes i licitation. Udbyderen får ikke adgang til at indhente en ny runde af underhåndsbud blot ved at stille arbejdet i bero i en periode.

Antallet på 3 eller 4 underhåndsbud udtrykker et maksimum. Ofte vil udbyder kunne nøjes med et lavere antal uden derved at overtræde kravet om at skabe effektiv konkurrence. Over en bagatelgrænse på 300.000 kr. ekskl. moms skal offentlige og offentligt kontrollerede eller støttede bygherrer altid indhente mere end 1 underhåndsbud.

Der kan forhandles om underhåndsbud. Det gælder også ved rene priskonkurrencer. Men, ligebehandlingsprincippet i lovens § 2, stk. 3, gælder også i forhold til underhåndsbud. Det kan fra starten være klart, hvor mange underhåndsbud, der vil blive indhentet, fx for at opfylde lovens konkurrencekrav. I en sådan situation skal tilbudsgiverne have samme frist til at udregne tilbuddene.

Ligebehandlingsprincippet indebærer dog ikke, at tilbudsgivere skal gives lige adgang til at revidere deres tilbud, lige som det ikke er et formelt krav, at forhandlinger starter med "et bedste" bud og først derefter involverer det eller de andre bud. Udbyderen må dog i givet fald have en saglig begrundelse for ikke at starte med det bedste bud, fx at der ikke kan forventes forhandlingsvillighed i forhold til den tilbudte pris.

Og ligebehandlingsprincippet fører til, at udbyder ikke må antage et bud, der ikke er bedre end de andre bud. Dette følger også af, at også for underhåndsbud er det et krav, at opgaven tildeles det laveste bud eller det mest økonomisk fordelagtige bud, jf. § 12, stk. 5, og at dette angives ved indhentning af tilbudene.

Særligt om rammeaftaler

Ved rammeaftale forstås efter tilbudslovens § 13 en aftale mellem én udbyder og én virksomhed, som har til formål at fastlægge betingelserne for kontrakter og aftaler om forskellige arbejder, der indgås i løbet af en given periode. Rammeaftaler anvendes typisk, når der er tale om regelmæssige anskaffelser af ydelser af samme karakter. Denne form for kontrakt åbner mulighed for at udvælge en virksomhed, som, når der er brug for det, kan opfylde udbyders behov.

Kontrakter om bygge- og anlægsarbejder omfattet af tilbudsloven kan indgås på grundlag af rammeaftaler, uden at den enkelte kontrakt skal konkurrenceudsættes.

Rammeaftaler kan indgås efter gennemførelse af et offentlig eller begrænset licitation, eller hvis den forventede volumen er under beløbsgrænsen i lovens § 12, efter reglerne om underhåndsbud.

Valg af udbudsform

Udbyder må ved sit valg af udbudsform foretage en bedømmelse af, hvilken af udbudsformerne, der bedst giver konkurrence i forhold til den konkrete opgave. Etableringen af konkurrence og hermed åbningen af markedsgangen for alle typer leverandører, herunder små eller nye virksomheder, er ikke blot et af tilbudsreglernes primære formål, det er også i udbyders interesse.

Ved valget mellem offentlig og begrænset licitation bør udbyder tage udgangspunkt i, om han ønsker at modtage tilbud fra en bred og ikke på forhånd defineret kreds af tilbudsgivere, eller om han alene ønsker tilbud fra virksomheder, som udbyderen selv udvælger.

Ved offentlig licitation vælger udbyder i sagens natur ikke, hvor mange tilbud han ønsker at modtage, eller hvem han modtager tilbud fra. Det gør udbyder derimod ved be-

grænset licitation, uanset om udbyderen anvender prækvalifikation eller ej.

Eksempelvis kan det være en fordel at vælge offentlig licitation, hvis udbyder ikke kender markedet tilstrækkeligt til på forhånd at udvælge tilbudsgivere, eller hvis udbyder netop ønsker tilbud fra andre virksomheder, end dem som udbyderen selv har kendskab til.

Ligeledes kan det være en fordel at vælge offentlig licitation ved mere standardprægede ydelser, hvor hovedvægten lægges på prisen.

Begrænset licitation kan derimod med fordel anvendes i tilfælde, hvor udbyder har et tilstrækkeligt godt kendskab til konkurrencen i markedet til at kunne sammensatte en begrænset kreds af tilbudsgivere, på grundlag af en prækvalifikation eller ved direkte henvendelse, og hvor tilbudsgivningen, hhv. sammenligningen af tilbud, er resourcekrævende, f.eks. ved totalentreprise eller komplekse tekniske installationer.

Vare- og tjenesteydelseskontrakter – Tilbudslovens afsnit II

Teksten i dette afsnit består i det væsentligste af uddrag og sammenskrivninger af forarbejderne til lov nr. 572 af 6/6/2007.

Tilbudslovens afsnit II indeholder regler for indgåelse af kontrakter om varer og tjenesteydelser, der ligger under tærskelværdierne for EU-udbud samt for kontrakter om tjenesteydelser, der ikke fuldt ud er omfattet af udbudsdirektiverne, de såkaldte bilag II B-ydelser.

Formålet med reglerne er også her at styrke konkurrencen om offentlige opgaver og at hindre, at kontrakter af en vis størrelsesorden tildeles direkte til en leverandør, uden at andre virksomheder har haft mulighed for at komme i betragtning.

Det bærende element i reglerne om vare- og tjenesteydelser er en annonceringspligt. Ud over denne pligt er der ikke detaljerede procedureregler for indgåelse af kontrakter. Det er således op til udbyderen at fastlægge pro-

ceduren og indholdet og omfanget af den ønskede aftale, herunder hvilke ydelser aftalen skal omfatte.

Reglerne i tilbudsloven for mindre indkøb af varer og tjenesteydelser blev foreslået afskaffet i den nye lov om udbud, som ikke blev vedtaget på grund af valget i juni 2015. Reglerne var her foreslået erstattet med et krav om, at ordregiveren skal sikre sig at købet foregår på markedsmæssige vilkår. Dermed falder annonceringspligten for varer og tjenesteydelser uden grænseoverskridende interesse i tilbudsloven væk. Der skulle dog i den forbindelse også indføres et krav om, at ordregiveren skulle give en kort begrundelse, hvis der indhentes tilbud fra mere end tre tilbudsgivere.

Hvem er omfattet af reglerne?

Reglerne gælder efter § 15 a, stk. 2 for alle typer af udbydere, som hører ind under den traditionelle offentlige sektor. Det drejer sig om statslige, kommunale og regionale myndigheder, lokale kirkelige myndigheder samt de institutioner, der falder ind under kategorien offentligretlige organer. Dette er f.eks. tilfældet for almene boligorganisationer og universiteterne.

De statslige myndigheder er tillige omfattet af Finansministeriets udbudscirkulære. Cirkulæret indeholder regler, der ligger ud over tilbudslovens regler, og finder anvendelse som supplement hertil.

Hvilke kontrakter er omfattet af reglerne?

Ifølge § 15 a, stk. 1, nr. 1, gælder lovens afsnit II for vareindkøbskontrakter, hvis værdi overstiger 500.000 kr., men er mindre end tærskelværdierne for EU-udbud. Indkøb under 500.000 kr. er således ikke omfattet af reglerne i tilbudsloven.

Stk. 1, nr. 2 og 3, omhandler tjenesteydelseskontrakter. Udbudsdirektivet opererer med to kategorier af tjenesteydelser – de såkaldte bilag II A- og bilag II B-ydelser.

Bilag II A-ydelserne er udbudspligtige efter udbudsdirektivets detaljerede procedureregler. Bilag II A-ydelser er f.eks. vedligeholdelse og reparation, land- og lufttransport, teletjenester, finansielle tjenesteydelser, regnskabs- og revisionsydelser, IT-ydelser, konsulent-, arkitekt- og inge-

niørydelser, reklamevirksomhed, trykkerivirksomhed, affaldsbortskaffelse m.v.

For så vidt angår varer og bilag II A-tjenesteydelser omfatter reglerne i tilbudsloven kun kontrakter, hvis værdi ikke overstiger de aktuelle tærskelværdier for EU-udbud, men er større end 500.000 kr. Det skyldes, at der i udbudsdirektivet er fastlagt detaljerede regler for indgåelse af kontrakter, når de er over tærskelværdien.

§ 15, stk. 1, nr. 3, fastsætter derfor, at tilbudslovens regler også gælder for tjenesteydelser, omfattet af bilag II B, hvis kontraktens værdi overstiger 500.000 kr. For denne type af tjenesteydelser findes ikke et krav om annoncering efter udbudsdirektivet, og annonceringspligten gælder derfor, uanset at tærskelværdien er overskredet. I gruppen af bilag II B-ydelser figurerer bl.a. jernbane- og søtransport, hotel- og restaurationsydelser, social- og sundhedsydelser, juridiske ydelser, undervisning, kultur m.v.

Beregningen af kontraktværdien sker ud fra den forventede værdi af kontrakten eksklusive moms. Kontraktværdien skal som udgangspunkt beregnes ud fra den samlede værdi i hele kontraktens løbetid. Her skal alle optioner, og muligheder for forlængelse af kontrakten regnes med. Udbyder skal anvende sit bedste skøn ved fastsættelse af kontraktværdien. Er der ikke tilstrækkeligt grundlag for at foretage et skøn, kan der være behov for at søge mere viden om markedet.

Hvis en udbyder har valgt at dele en kontrakt op i flere mindre dele, kan sammenhængen mellem disse småkontrakter betyde, at udbyder skal annoncere sit indkøb – også selvom værdien af den enkelte delkontrakt ikke overstiger 500.000 kr. Annonceringspligten er således uafhængig af, hvordan udbyderen har valgt at organisere sig internt.

Annonceringspligten

§ 15 c, stk. 1, pålægger udbydere at annoncere om kontrakter. Formålet med annonceringspligten er at orientere potentielle tilbudsgivere om den kommende kontrakt og derved give en bred kreds af virksomheder mulighed for at komme i betragtning.

Annonceringen skal ske forud for indgåelsen af kontrakten. Offentliggørelsen kan ske i pressen og/eller i et elektronisk medie og bør være bredt dækkende for at give annoncen den tilsigtede effekt. Det er ikke hensigten at indføre en udtømmende eller obligatorisk liste over medier. Udbydere kan således selv vælge annonceringsplatform. Annoncen kan f.eks. offentliggøres i dagblade, på udbyderens hjemmeside eller i specialiserede udbudsmidler som den elektroniske »Udbudsavisen« m.v. Adgangen til det medie, hvori der annonceres, skal være alment tilgængelig og må ikke være begrænset af en urimelig betaling. § 15 c, stk. 3 medfører dog, at annonceringspligten undtagelsesvist kan fraviges, hvor fortrolighed efter kontraktens særlige karakter er påkrævet, og hvor en offentliggørelse således vil modarbejde hensynet til kontrakten.

§ 15 c, stk. 4 fastsætter hvilke oplysninger, annoncen som minimum bør indeholde. Bestemmelsen skal sikre, at annoncen giver tilstrækkelige informationer om kontrakten, således at de potentielle tilbudsgivere får en mulighed for at vurdere, om de er interesserede i at byde på opgaven.

Annoncen skal som minimum indeholde en beskrivelse af opgaven, frist og adresse for modtagelse af tilbud eller anmodninger om deltagelse, kriterier for tildelingen af opgaven samt kontaktoplysninger om, hvorfra f.eks. evt. yderligere materiale kan rekvireres, eller hvortil der kan stilles supplerende spørgsmål.

Tildelingen af kontrakter

§ 15 d, stk. 1 fastsætter generelle principper for indhentning af tilbud og indgåelse af kontrakter. Formålet er således at sikre, at udvælgelsen af tilbudsgivere sker på grundlag af objektive, saglige og ikke-diskriminerende kriterier, og at der ikke finder forskelsbehandling sted mellem tilbudsgiverne.

Udbydere er således frit stillet med hensyn til den konkrete tilrettelæggelse og gennemførelse af tilbudsindhentningen. Det indebærer bl.a., at udbydere frit kan vælge udbudsform og tidsfrister m.v. ud fra den enkelte sag. Ved tilrettelæggelsen af proceduren, især med hensyn til tidsfrister, er det dog vigtigt, at annonceringen ikke gøres illusorisk. Fristerne for afgivelse af tilbud skal derfor have

en længde, der giver interesserede virksomheder reelle muligheder for at udarbejde deres tilbud.

Ved gennemførelsen af proceduren skal udbyderne sørge for, at de interesserede virksomheder får en fair og lige behandling. Dette indebærer bl.a., at virksomhederne skal have adgang til de samme oplysninger om det påtænkte indkøb og skal bedømmes på grundlag af de samme kriterier.

Underretning om kontraktindgåelse

Efter § 15 d, stk. 2 har udbyderne har pligt til at underrette alle tilbudsgivere, der har afgivet et bud om hvilken beslutning, der er truffet med hensyn til ordretildelingen, herunder i givet fald begrundelsen for at annullere udbudet. Formålet med bestemmelsen er at sikre, at udbyderne gennemfører proceduren på en måde, der stemmer overens med god forvaltningsskik. Samtidig skaber underretningspligten større åbenhed omkring udbyderens beslutninger. Derved får de involverede virksomheder bedre muligheder for at vurdere, om der f.eks. er grundlag for at klage over de truffede beslutninger.

Klage

Klagereglerne vedrørende overtrædelse af tilbudsloven og EU's udbudsdirektiver er placeret i sin egen lov – Håndhævelsesloven, eller lov nr. 492 af 12. maj 2010 om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. Reglerne er justeret flere gange siden lovens vedtagelse i 2010, bl.a. med hensyn til klagefristerne.

Klageadgang

Håndhævelseslovens § 3, stk. 2, nr. 2 fastslår, at overtrædelsen af tilbudslovens regler kan påklages til Klagenævnet for udbud. Der betales et klagegebyr på 10.000 kr., men det kan tilbagebetales, hvis klageren får helt eller delvis medhold.

Klageberettigelse

Det er ikke alle, som kan indgive klage til Klagenævnet for Udbud. Kun virksomheder, som har en retlig interesse i at indgive klage, kan efter håndhævelseslovens § 6 klage. Det vil typisk dreje sig om, virksomheder, som har overvejet at give tilbud på opgaven, men som har undladt det fx på grund af indholdet af udbudsbetingelserne, virksomheder, som har anmodet om at blive prækvalificeret, men

ikke blev det, eller virksomheder, som har givet tilbud på opgaven, men som ikke har fået den. Hertil kommer, at økonomi- og erhvervsministeren har tillagt visse organisationer og myndigheder klageadgang

Klagefrister

Den 1. juni 2013 trådte nye klagefrister i kraft, jf. lov nr. 511/2013. En klage over ikke at være blevet prækvalificeret efter tilbudslovens regler skal være modtaget i klagenævnet inden 20 dage fra dagen efter ordregiverens underretning om, hvem der er blevet prækvalificeret. Andre klager skal være modtaget i klagenævnet inden 45 dage fra dagen efter, at ordregiveren har underrettet tilbudsgiverne om, hvem ordregiveren vil indgå kontrakt med, eller inden 6 måneder fra dagen efter, at ordregiveren har underrettet tilbudsgiverne om, hvem ordregiveren vil indgå kontrakt med, hvis der er tale om en rammeaftale.